

公
诉
自
由
裁
量
权
研
究

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 200308191

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

程序正义视角下的侦查权运行

Operation of the power of Investigation

——From the Perspective of the Procedure Justice

刘 海 浪

指导教师姓名: 陈 立 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2006 年 4 月

论文答辩时间: 2006 年 月

学位授予日期: 2006 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2006 年 4 月

苏
琳
伟

指
导
教
师
:
齐
树
洁
教
授

厦
门
大
学

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：刘海浪

2006 年 4 月 20 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ☒ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：刘海浪

日期： 2006 年 4 月 20 日

导师签名：陈立

日期： 2006 年 4 月 20 日

内 容 摘 要

本文从程序正义角度，探讨、论证了我国侦查权运行的现状，并进而分析了阻碍我国侦查权正当化运行的原因，最后对我国侦查权的正当化运行提出了几点看法。全文采用自然法学和分析法学的方法进行论述，共分四章。

第一章：程序正义的历史、内涵和法哲学基础。文中简略概括了程序正义的历史、内涵和法哲学基础。认为程序正义在发展历程中，先后出现了自然正义原则、正当法律程序和最低限度程序正义标准三种理论学说，其法理学基础也从自然法哲学、道德哲学发展到当代的尊严价值理论。

第二章：我国侦查权运行违背程序正义的分析。文中详细分析了我国侦查权的运行违背程序正义。认为其主要表现是：一、侦查权享有司法裁决权能，违背了“任何人不得担任自己案件的法官”的程序正义要求；二、检察权享有法律监督权能，破坏了最低限度程序正义标准的程序自治原则；三、侦查权要求司法权与其相互配合的司法原则，动摇了法院的中立地位，加剧了控辩的不平等，违背了法官“平等听取双方当事人意见”的程序正义理念。

第三章：阻碍我国侦查权正当化运行的原因。文中分析了阻碍我国侦查权正当化运行的原因，认为其原因有三：一、司法功能严重行政化；二、司法权和司法机关范围的泛化；三、对刑事诉讼本质的误解。

第四章：我国侦查权正当化运行的宏观构建。这是本文的结尾部分，主张我国侦查程序预成为一项体现正义的法律程序，侦查权的运行预符合程序正义的要求，必须要从以下几个方面进行构建：一、确保司法权的中心地位，建立真正独立自主、地位中立的裁判者；二、检察官当事人化；三、强化嫌疑人、被告人一方的诉讼主体地位。

关 键 词：程序正义；侦查权；司法审查

ABSTRACT

This article, from the perspective of the procedure justice, discusses and demonstrates the present situation of the operation of the power of investigation in china, and then analyzes the reasons that prevent the power of investigation to operate justly. Finally, gives some suggestions about the macroscopical construction of the just operation of the power of investigation in china. Adopting the method of natural law and analytical jurisprudence to discuss it, the full text is divided into four chapters totally.

Chapter 1: History, Connotation and Philosophy Foundation of the Procedure Justice. In this chapter, the writer generalizes the history, connotation and philosophy foundation of the procedure justice slightly and considers the procedure justice, in the development process, appeared three theories: Natural Justice, Due Process and the Theory of the Lowest Limit Standard of the Procedure Justice. Its philosophy foundation also developed from Natural Law, Morals Philosophy to the contemporary theory of Dignity Values.

Chapter 2: Analysis of the Power of Investigation Violating the Procedure Justice in China. In this chapter, the writer analyzes in detail that the operation of the power of investigation violates the procedure justice in china. There are three demonstrations: A: The power of investigation possessing the judicial power disobeys the principle of the procedure justice that a judge can not hold the post in oneself case; B: The procuratorial power possessing the power of judicature surveillance breaks the doctrine of the autonomy of the procedure. C: The power of investigation requiring the cooperation of the jurisdiction violates the procedure justice, shakes the neutral position of the court, intensifies the inequality in both parties concerned, and violates the principle of the procedure justice that a judge should heard equally.

Chapter 3: Reasons that Prevent the Power of Investigation to Operate Justly. There are three reasons: A: Administerization of Judicial Function; B: Over-expanding of the Jurisdiction and the Judicial Organs; C: Misunderstanding of the Essence of the Criminal Procedure Instance.

Chapter 4: Macroscopical Construction of the Just Operation of the Power of Investigation in China. This is the end of the text. The writer considers that the

procedure of investigation wants to accord with the principle of the procedure justice should satisfy three requests: A: is to insure the center position of jurisdiction, build up an independent and neutral court; B: is that the prosecutor should be a concerned party; C: is to enhance the position of the suspect and accused.

Key words: Procedure Justice; The Power of Investigation; Judicial Review.

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

前 言	1
第一章 程序正义的历史、内涵和法哲学基础	3
第一节 程序正义的历史、内涵	4
一、自然正义原则	4
二、正当法律程序	5
三、最低限度程序正义标准	6
第二节 程序正义的法哲学基础	7
一、自然法哲学基础	7
二、道德哲学	8
三、尊严价值理论	10
第二章 我国侦查权运行违背程序正义的分析	12
第一节 侦查权享有司法裁决权能	12
一、侦查程序客观上存在着权力分立的要求	12
二、各国侦查权运行立法例	13
三、我国侦查权运行现状	15
第二节 检察权享有法律监督权能	17
一、检察权享有法律监督权能违背程序自治原则	17
二、检察权的内容、性质和特征	19
第三节 侦查权要求司法权配合原则违背程序正义	23
一、诉讼的本质不容许互相配合原则的存在	23
二、互相配合原则严重动摇法院的中立地位	24
三、互相配合原则加剧控辩双方的不平等	25
第三章 阻碍我国侦查权正当化运行的原因	27
第一节 司法功能行政化	27
第二节 司法权和司法机关范围的泛化	29

第三节 对刑事诉讼本质的误解	30
第四章 我国侦查权正当化运行的宏观构建	32
第一节 确保审判权的中心地位	32
一、建立真正独立自主、地位中立的裁判者	32
二、法院独占行使司法权	33
第二节 检察官当事人化	33
第三节 强化嫌疑人、被告人一方的诉讼主体地位	34
结 论	36
参考文献	37

CONTENTS

Foreword	1
Chapter 1 History, Connotation and Philosophy Foundation of the Procedure Justice	3
Subchapter 1 History and Connotation of the Procedure Justice	4
Section 1 Natural Justice	4
Section 2 Due Process	5
Section 3 Theory of the Lowest Limit Standard of the Procedure Justice	6
Subchapter 2 Philosophy Foundation of the Procedure Justice	7
Section 1 Natural Law	7
Section 2 Morals Philosophy	8
Section 3 Theory of Dignity Values	10
Chapter 2 Analysis of the Power of Investigation Violating the Procedure Justice in China	12
Subchapter 1 Power of Investigation Possessing Judicial Power	12
Section 1 Procedure of Investigation Requiring a Separate Power Objectively	12
Section 2 Legislation of Some Countries on the Operation of the Power of Investigation	13
Section 3 Present Situation of the Operation of the Power of Investigation in China	15
Subchapter 2 Procuratorial Power Possessing the Power of Judicature Surveillance	17
Section 1 Procuratorial Power Possessing the Power of Judicature Surveillance Violates the Doctrine of the Autonomy of Procedure	17
Section 2 Content ,Essence and Characteristics of the Procuratorial Power	19
Subchapter 3 Power of Investigation Requiring the Cooperation of the Jurisdiction Violates the Procedure Justice	23
Section 1 Essence of Litigation Excluding the Existence of Cooperation	23

Section 2	Judicial Principle of Cooperation Shaking the Neutral Position of the Court.....	24
Section 3	Judicial Principle of Cooperation Intensifying the Inequality	25
Chapter 3	Reasons That Prevent the Power of Investigation to Operate Justly in China	27
Subchapter 1	Administerization of the Judicial Function	27
Subchapter 2	Over-expanding of the Jurisdiction and the Judicial Organs	29
Subchapter 3	Misunderstanding of the Essence of the Criminal Procedure Instance	30
Chapter 4	Macroscopical Construction of the Just Operation of the Power of Investigation in China.....	32
Subchapter 1	Insuring the Center Position of the Jurisdiction	32
Section 1	Establishment of the Independent and Neutral Judge	32
Section 2	Court Holding the Jurisdiction Exclusively	33
Subchapter 2	Prosecutor being Concerned Party	33
Subchapter 3	Enhancing the Position of the Suspect and Accused	34
Conclusion	36
Bibliography	37

前 言

当前我国侦查阶段存在众多的问题，诸如刑讯逼供、超期羁押、律师辩护难等长期困扰我国刑事司法的顽症并未因 1996 年的《刑事诉讼法》的修改而有所改观，相反，却有恶化趋势。之所以侦查阶段成为刑事诉讼诸多顽症的集中地，原因在于我国现行的侦查权运行在制度设计上的基本理念和基本结构出现了偏差。按照我国现行立法的规定，侦查程序完全被设计为一种侦查机关为查清案件事实，对犯罪嫌疑人进行单向调查的行政性程序，被追诉一方无权进行对抗和获得司法救济，法院也无权对侦查机关的行为进行司法审查和控制。侦查机关具有优越的法律地位，集侦查权和裁判权于一身，拥有超强的不受控制的权力。

这种制度设计与法治社会所要求的程序正义理念是格格不入的。诉讼之所以被称之为诉讼程序而非治罪过程乃在于这一诉讼活动存在着相互制衡的三方关系。在刑事诉讼过程中客观上存在着相互制约的三方组合关系：一是侦查权，即收集证据、查清犯罪事实、实施强制措施并查获犯罪嫌疑人的权力，这是一种行政权；二是决定是否应当适用拘留、逮捕、搜查、扣押并对控辩双方之间的争议进行裁决的权力即裁判权，这是一种司法权；三是被追诉者的防御权。在整个刑事追诉过程中，检警机构扮演的是控告、追诉者的角色，并为此从事收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人的诉讼活动；被追述人作为辩护职能的行使者，则从事申请、辩解、举证等诉讼活动；而作为正义化身的法院，则在控、辩双方之间保持中立，并对控辩双方有争议的事项作出裁判。这就是所谓的“诉讼式”构造的侦查程序。任何人都不能在这三方组合关系中，身兼二职，或是有所偏袒，否则便破坏了程序正义的两项形式标准——任何人不得担任自己案件的法官和平等听取双方当事人意见在诉讼过程中的贯彻和要求，进而使诉讼过程不再成为诉讼程序而沦为赤裸裸的治罪过程。

如果立法者们不从基本理念和基本结构上对我国的侦查程序进行深入的反思和重构，如果我国的立法机关还抱着刑事诉讼是进行敌我斗争的工具，刑事诉讼的过程就是进行治罪的过程，国家司法机关是活动的主体，当事人是治罪的客体的思想，那么这一过程的进行就不配称之为“诉讼程序”，更称不上“程序正

义”了，而只能是赤裸裸的行政治罪或军事镇压过程。在这种程序进行的诉讼，现代法律的所有价值必将在片面打击犯罪的喧嚣中荡然无存，厉行人治的专制主义幽灵必然会卷土重来。那些主张限制侦查机关的权力、扩大被追诉方的权利的各项努力将很难得到立法和司法实践的认同，刑讯逼供、超期羁押、辩护难等长期困扰我国刑事司法的顽症仍将继续。

笔者深知，要在我国按照程序正义的理念重构我国的侦查权运行，维护审判权的中心地位，确立审判权对侦查权的审查和控制，实现检察官的当事人化，建立起“诉讼式”构筑的侦查程序，是一件非常艰难而又漫长的事情，但是随着法治国家的建立和人权保障的提高，终有来临的一天。

第一章 程序正义的历史、内涵和法哲学基础

在程序正义概念出现之前,人们对正义内涵的认识主要限于亚里士多德的分配正义和矫正正义的区分及其内容的讨论。^①尽管有关正义的学说可谓是汗牛充栋,但是其基本内容却从没有超出西赛罗对正义的定义:“使每个人获得其应得的东西的人类精神意向。”^②这些有关正义的论述有一个共同点,那就是仅仅强调实体上的正义,即仅仅局限的说明什么是正义;而不注重对如何实现正义的探讨。^③学者们在讨论如“给每个人仅属于他的东西”或“同等情况同等对待”等命题时,往往对通过什么样的方式、程序来给人们属于他的或同等的东西不感兴趣。只要结果是每个人得到了他应当得到的或同等情况下的人们都得到了同等对待也就实现了正义。^④换句话说,只要结果正确,无论过程、方法或程序怎样都无所谓。在这方面,法律功利主义和法律实证主义为其典型。法律功利主义和法律实证主义认为功利优先,反对直觉性正义或公正的理念,^⑤在他们看来,正义应该服从于功利。对于法律程序,在他们看来,不过是用来实现实体法命令的工具,法律程序本身的“善”要取决于它在准确发现事实真相和正确适用实体法规方面的能力,当事人获得程序保障的最终目的在于实现其实体性权利。一种法律程序规则的好坏就是看它实现良好结果的有效性。

其实,人们通常对正义的关注主要是和社会利益或权利分配的过程,以及解决社会纷争的方式紧密相关的(程序正义),而不是对抽象目的乃至结果的关注(实体正义)。在很多情况下,只要某一分配或解决某一纠纷的程序在所有当事人看来是公正的,纵然不增加可分配或解决争议的实际利益,他们相关的满意程度也

① 在亚里士多德看来,正义寓于“某种平等”之中。从正义这一概念的分配含义来看,正义要求按照均衡平等原则将这个世界的万事万物公平地分配给社会的全体成员。相等的东西给予相同的人,不相等的东西给予不相同的人。而矫正的正义(也称为平均的正义)则是指,如果社会的一名成员侵犯了另一个人的权利、特权和财产,那么平均的正义就要求偿还属于受害者的东西或对他的损失予补偿。当一条分配正义的规范被一个社会成员违反时,平均正义便开始起作用。详见:[美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》[M],邓正来,姬敬武译,北京:华夏出版社,1987.240—256。

② 同上,第253页。

③ 锁正杰:《刑事程序的法哲学原理》[M],北京:中国人民公安大学出版社,2002.214。

④ [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》[M],王亚新,刘荣军译,北京:中国政法大学出版社,2002.1。

⑤ 杨寅:《中国行政程序法治化——法理学与法文化的分析》[M],北京:中国政法大学出版社,2001.60。

一样会增加。^①“法律正义的最大特点是它强调必须以程序公正为载体、为前提来追求公正的结果，而绝对不允许绕开程序公正来追求公正的结果，离开了程序公正这个前提，单纯的实体公正就不再属于执法公正和司法公正的范畴。”^②当人们在法庭上唇枪舌剑之时，他们所僵持不下的并不是一种纯粹的关于正确和错误的争执，相反，却是一场正确对正确的争执。所以，只有在解决争执的程序是无所偏袒的情况下，解决纷争的最终决定才会令争议人满意和接受。尤其是在最终决定会给某一方当事人带来不良影响之时，更是如此。“法庭是否已达成一项公正的结果并不是一个问题……问题在于在达成某一结果之前，法庭是否已经公正且平等地对待了当事人。”^③因为，如果某一正确的行为是通过错误的方式做出的话，该行为仍然会导致不公正。“正义应该明明白白地履行比正义应该在事实上履行更为重要”，“正义的实质在很大程度上是程序性的”。^④

第一节 程序正义的历史、内涵

一、自然正义原则

虽然，最先将程序正义导入正义理论体系并对其进行系统阐述的是罗尔斯^⑤，但是程序正义的历史渊源却相当的长久。在古希腊虽然没有与我们“正当法律程序”概念对应的术语，但当时人们认为“若一个人未经审判或定罪而被处死是一种暴行……是不经判决的暴力”，这表明了在当时“存在着一种强烈的，即便并不专业性的、支持有序的、无偏的司法程序的情感”。^⑥罗马人同样认为，“在任

① 杨寅：《中国行政程序法治化——法理学与法文化的分析》[M]，北京：中国政法大学出版社，2001.62.

② 董皞：《司法功能与司法公正、司法权威》[J]，《政法论坛》，2004，（4）：40.

③ 同本页注①，第63页。

④ 同上，第64页。

⑤ 罗尔斯反对功利主义的立场。在他看来，正义最高并且代表社会制度的最基本价值，它所包含的各种权利要求不能由于对政治利益和社会利益的平衡而受到侵犯。正义意味着对剥夺某些人的自由而换来另一些人获益做法的禁止。此外，罗尔斯最先将程序自身的存在是否合乎正义与不合乎正义即程序的正义导入正义理论体系。他将程序分为三种：即纯粹的程序正义、完全的程序正义和不完整的程序正义。“纯粹的程序正义”，指的是关于什么才是合乎正义的结果并不存在任何标准，存在的只是一定程序规则的情况。例如不需要任何技术的赌博，只要严格遵守其程序规则，得到什么样的结果则都视为是合乎正义的。“完全的程序正义”，指的是在程序之外存在着决定结果是否合乎正义的某种标准，并且同时也存在着使满足这个标准的结果得以实现的程序这样的情况。例如由动手切蛋糕的人最后领取自己的一份就是其适例。“不完整的程序正义”，指的是虽然在程序之外存在着衡量什么是正义的客观标准，但是百分之百地是满足这个标准的结果得以实现的程序却不存在。如刑事诉讼中真实就是程序之外的标准，然而无论如何精巧设计程序，认定无辜的人有罪或相反的结果总是难以避免。详见：[日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》[M]，王亚新，刘荣军译，北京：中国政法大学出版社，2002.2.

⑥ 樊崇义，主编：《刑事诉讼法修改专题研究报告》[M]，北京：中国人民公安大学出版社，2004.13.

何情况下像野蛮人或无所忌惮的暴君那样,不经审理而处罚某人的做法都不应在和平时期采纳,这将会成为可怕的先例。”^①这里提到的不经审判而处罚已经触及了程序正义的内容。英国最早发展出了“自然正义”(natural justice)原则,该原则通常表示处理纠纷的一般原则和公正标准,又叫做“诉讼程序中的公正”,这些原则制约着任何人在法庭内外行使司法权时应当遵循的行为方式。它有两项基本要求:(1)任何人不得担任自己案件的法官,根据自然正义的此项要求,法官在审判中不得存有任何偏私,而且在外观上使任何正直的人不对其中立性有任何怀疑。对这一原则的精辟解释,来自于英国上议院的大法官休厄特:“正义的实现本身是不够的。正义必须公开的、毫无疑问地被人们所能够看得见的方式实现”;(2)平等听取双方当事人的意见,它要求法官必须给予所有与案件结果有直接利害关系的人有充分陈述自己意见的机会,并且对各方的意见予以平等对待,不偏袒任何人。

二、正当法律程序

对程序正义的另一个有影响的理论解释,就是“正当法律程序”的理论。英国最早确定了正当法律程序的概念。1215年的英国《大宪章》第39条规定:任何自由民,非经其采地贵族之合法审判,并经依国法之判决,不得予以逮捕、监禁、没收其财产、放逐、伤害,或不予以法律保护。1355年爱德华三世公布之《伦敦自由律》规定:任何人,无分身份或地位,非经正当法律程序,不得予以流放、处死、没收其财产,或剥夺其继承权。^②英国的正当法律程序思想引入美国以后得到长足发展,“正当法律程序”被美国宪法确立为一项基本原则。美国《宪法》第5条修正案规定:“非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由、或财产。”该法第14条修正案对各州也提出了相同的要求。美国《宪法》中的这些正当程序条款,起初的目的和内容是为了保证在生命、自由、或财产被剥夺或受干涉之前有公正的法律程序。即除非依照“正当法律程序”,否则任何人都应当得到保证不被剥夺特定的权利。后来,正当程序取得了实质性的含义,即对政府的权力进行实质性的限制,以制止政府权力的专断滥用。

随着“正当法律程序”概念的扩大,最终形成了“实质性正当程序”

^① 樊崇义,主编.刑事诉讼法修改专题研究报告[M].北京:中国人民公安大学出版社,2004.13.

^② 荆知仁.美国宪法与宪政[M].台北:三民书局印行,1984.77-78.

(Substantive due process) 和“程序性正当程序”(Procedural due process) 两个不同的概念。^①实质性正当程序直截了当地把实质性限制加到了政府权力之上, 要求国会所制定的法律, 必须符合公平与正义。如果国会所制定的法律剥夺了个人的生命、自由、或财产, 不符合公平与正义的标准时, 法院即宣告这个法律无效。“程序性正当程序”则是“正当法律程序”一词的原始含义, 它要求解决争端的程序必须公正合理。程序性正当程序包括两方面的要求: 一是形式标准, 即程序必须体现形式公正, 即(1) 任何人不得作自己案件的法官;(2) 平等听取双方当事人的意见。从正当程序所体现出来的形式公正来看, “正当程序就意味着将司法化的要求适用于政府行为中去”。^②二是实质标准, 即程序必须维护人的道德主体地位。在诉讼活动中将程序的内在价值与人的道德主体地位联系在一起就意味着, 法律程序的设计必须尊重人格尊严和内在价值并保证其获得公正的审判。因此, 程序除了应最大限度地实现形式公正外, 还应具备平等、自愿参与、人道等内在的品质, 它们为程序自身所具有并且在程序过程中实现, 与程序适用结果没有必然的联系。^③

三、最低限度程序正义标准

随着对程序正义理论研究的深入发展, 一些学者又提出了“最低限度程序正义标准”理论, 该理论认为, 自然法无法为公正提供一个科学的、完整的定义, 通常人们对正义的看法也是因人而异, 差别极大, 但是, 人们对于不公正的现象, 却几乎没有任何争议。“最低限度程序正义标准”的概念就是为人们提供一个几乎不会产生任何争议的最低限度的程序正义思想。^④这一思想目前已经得到许多国际性法律文件的接受和支持。联合国《公民权利及政治权利国际公约》第 14 条第 3 项确立了刑事被告人在审判中所应享有的“最低限度程序保障”: (1) 获知被控的罪名及案由; (2) 获有充分的时间与便利准备辩护并与辩护人联系; (3) 获得迅速审判; (4) 有权委托辩护人, 并获得公社辩护人协助; (5) 有权与对方证人对质, 并申请法院传唤他所提出的证人出庭作证; (6) 有权获得翻译帮助; (7) 不得强迫被告人自证其罪。欧洲《人权宣言》和美洲《人权宣言》也有类

① 锁正杰. 刑事程序的法哲学原理[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2002.211.

② 杨寅. 中国行政程序法治化——法理学与法文化的分析[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.115.

③ 齐树洁, 主编. 民事司法改革研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2004.80.

④ 同本页注①, 第 212 页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库